

La Adopción en el Nuevo Código Civil y Comercial

Por Ursula C. Basset¹

1. Una guía para el viajero

Para aquel que tenga su primer abordaje del Código Civil y Comercial de 2014 (en adelante, CCC), conviene advertir que la institución de la adopción se trata en dos diversos segmentos.

- En primer lugar, encontrará el **parentesco adoptivo** (Art. 535) en que el legislador fija los límites entre adopción plena y adopción simple, y por primera vez en la historia esboza que podría el parentesco quedar a discrecionalidad del juez (“se crea con los límites de este Código y la decisión judicial que dispone la adopción”).
- En segundo lugar, al tratar de la **filiación adoptiva** en, en el Título V sobre filiación. El Título VI se consagra íntegramente a la adopción. Conviene saber de entrada, que aunque se introducen variantes respecto de los textos que nos son familiares después de la ley 24.779, se conserva el esquema de las adopciones plenas y simples, la preferencia de la plena y varios de los principios que eran guía en las regulaciones anteriores.

Ningún cambio legislativo es fácil. Las leyes tienen la imperfección de todo lo humano, y sobre todo en materia adoptiva suelen estar bien intencionadas. El análisis que sigue tiene a la mira la dificultad de la temática, el dolor que causa no encontrar mecanismos más idóneos para que los niños en situación de desamparo puedan encontrar familias (mejor que personas solas) para su cuidado, el difícil equilibrio entre reintentar el vínculo con la familia biológica y el paso del tiempo que conspira contra el menor y su pleno desarrollo...

Con esta guía inicial, comenzamos el pequeño itinerario hacia su regulación.

2. Rápidamente, para los que siguieron el tema: ¿qué cambió en el CCC respecto del Anteproyecto?

A nuestro modo de ver, los cambios fueron juiciosos. Siempre, con más tiempo, se podría haber logrado más ventajas. Repensar lentamente las cosas produce los mejores frutos, y un Código (y la regulación de la adopción especialmente) ameritan la creación de una comisión interdisciplinaria pre-legislativa no ideológica o al menos plural.

De todas formas, el lector advertirá rápidamente que los cambios son positivos. El que ha seguido las discusiones, leyendo los siguientes párrafos, se pone a tiro, y puede saltarse la presentación que sigue:

Modificación:	Análisis:
Adopción conjunta y estabilidad del niño El art. 599 ahora exige que la adopción	Ya que estamos, para garantizar la estabilidad de los niños, y dada la fragilidad

¹ Profesora Titular de Derecho de Familia (UCA). Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de Familia (UCA).

<p>conjunta sea por matrimonios o por "integrantes de una unión convivencial". Esto eleva el rango del adoptante conjunto a al menos dos años de convivencia previa, algo que habíamos pedido. Es una excelente noticia, siempre y cuando se clarifiquen los modos de constitución de la unión convivencial (que no baste la sola registración).</p>	<p>que se le imprime al matrimonio, sería deseable que para ser adoptantes conjuntos ambos tipos de uniones mostraran un tiempo de convivencia previa que asegure la estabilidad de los niños (digamos, ¿2 años para matrimonios y tres para uniones convivenciales?). La regulación inestable de las relaciones de pareja, tiene que dar cuenta frente a la vulnerabilidad de la niñez en desamparo, a la que no se la puede someter a una ruptura de pareja luego de la adopción.</p>
<p>Plazos vs. Burocracia</p> <p>El art. 607 apura al juez a dictar el auto de adoptabilidad en 90 días (en lugar del "plazo más breve previsto en cada jurisdicción").</p>	<p>Esperemos que el imperio del legislador solucione en algo la burocracia que el mismo legislador incorpora al procedimiento de adopción.</p>
<p>Entrega directa limitada, ¿adopción a parientes?</p> <p>Mucho hay para agradecer en la corrección del Art. 611, cuyo error tantas veces se había señalado. Efectivamente, se preveía como excepción de la guarda de hecho la preexistencia de un vínculo "de parentesco o afectivo". Ahora se ha suprimido la palabra "afectivo". La nueva redacción, mucho más feliz, dice: "La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretensio guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño".</p>	<p>Varias voces se alzaron para señalar el riesgo de la palabra "afectivo" invocada de continuo para legitimar guardas de hecho prohibidas... Era abrir la puerta al infinito. La última modificación del proyecto, retira esa palabra. El problema ahora es otro... si se configura una situación de hecho en la que un niño convive con guardadores ilegítimos por digamos tres años, ¿puede el juez proteger el interés del niño y al mismo tiempo separarlo de sus guardadores si la relación afectiva ya está conformada? Por suerte, el texto utiliza la palabra "habilita" (30), que deja esperanza de que prevalezca el interés del niño.</p> <p>Cabe la duda de si ahora los parientes podrán ser adoptantes..</p>
<p>¿Abogado del niño para su propia adopción?</p> <p>El Art. 617 ahora dispone que el adoptado debe tener "edad y grado de madurez suficiente para comparecer con asistencia letrada al juicio de su propia adopción".</p>	<p>Finalmente, en contra del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se agrega la edad y madurez suficiente para concurrir el adoptante con asistencia letrada propia al juicio de su propia adopción. La intervención del adoptante, sólo debería ocurrir después de una determinada edad, que resguardara la protección del niño que ya ha sufrido abandono. No es una solución feliz a nuestro modo de ver.</p>

3. Omnis definitio periculosa est... la de la adopción, ¿también?

Uno de los aspectos más llamativos del CCC, es que comienza definiendo la adopción. En los *Fundamentos* se indica que “se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico²”. La definición aparece en el Art. 594:

“La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuándo éstos no pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo.” (Art. 594).

Como en todo análisis, interesa tanto lo que se enuncia como lo que se deja de enunciar o se excluye. Por ello, a continuación analizamos presencias y ausencias.

a) Adopción – institución jurídica

Para Atilio ÁLVAREZ³, que se indique la “institucionalidad” de la adopción, es una toma de posición frente al contractualismo. No obstante, el jurista advierte que pese a esa toma de posición fuerte hay una amplia válvula de escape en la regulación de la misma.

A nosotros la cuestión no nos parece tan lineal. Leer los nuevos textos sobre la base de las categorías hermenéuticas clásicas puede resultar errado. Para el CCC, el acto jurídico familiar y el estado de familia son indisponibles, pero se regula la voluntad procreativa y la delegación privada de funciones familiares. Tendemos a pensar que la idea de “institucionalidad” y aún “estado de familia” que maneja el Código se inscribe en un cambio de paradigma profundo, en el cuál ni el estado de familia es indisponible, ni la institucionalidad excluye la idea del contractualismo filiatorio –y, especialmente, adoptivo-.

La válvula de escape más notoria al institucionalismo que presenta la definición es la que se ofrece en el Art. 611, que prohíbe la entrega directa. La transgresión habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador “*excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores es funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño.*” En su comentario, ÁLVAREZ demuestra con casos concretos emergentes de su experiencia, cómo ese “vínculo afectivo” es un vehículo habitual para encubrir el contractualismo.

Por otro lado, el mismo autor arriba citado advierte: si es posible delegar las funciones parentales en forma privada, será muy difícil contener la onda expansiva derivada de tal contractualización. Es verdad que la delegación de la autoridad parental, prevista en el Art. 643, felizmente se limitó en el CCC, solamente a los parientes. Aún así, el Art. 611 que le corta el paso a la trascendencia en materia de adopción de la delegación de funciones parentales, será un vallado fácilmente superado por la puja de las circunstancias.

Finalmente, el Art. 611, como vimos en el cuadro del punto antecedente, se terminó limitando a parientes. Ahora, cabe la duda de si los parientes serán también adoptantes, dado que el artículo se

² De la introducción a la versión del Proyecto de Rubinzal Culzoni, p. 510.

³ ALVAREZ, Atilio, “Luces y sombras...”, cit.

refiere a la guarda con fines de adopción. Sería un error, la adopción no debe subvertir el parentesco, para el cuidado por parte de parientes existen otras instituciones que mantienen el orden del parentesco.

b) Primera omisión: “familiar”

No todos los estados de familia son iguales en el CCC. Ser hijo da distintos derechos según cuál sea la fuente del parentesco. Es distinto ser hijo por técnicas de fecundación asistida (filiación asistida), en dónde se pierden todos los derechos a impugnar la filiación⁴; a serlo por filiación biológica (cuya filiación es inestable); a serlo por adopción (caso en el cuál la extensión y efectos del estatuto filiatorio dependen de un nuevo paternalismo judicial-ya analizaremos más abajo). Daría la impresión que el grado de “familiaridad” de la adopción, es diverso del de las técnicas por fecundación asistida y de la filiación biológica.

Por otra parte, el espectro de derechos del adoptado, pende del hilo de un juez; pudiendo incluso ser un frágil nexo parcial entre los adoptantes y el adoptado, manteniéndose la familiaridad propiamente dicha –así como la conocemos- sólo respecto de la familia de origen, según el desarrollo que sigue.

c) Segunda omisión: la función protectoria “de la niñez”

Como señala Atilio ÁLVAREZ, en un estudio de próxima publicación “protección de derechos” no necesariamente equivale a “protección de personas”. La persona del niño es mediada por la protección de sus derechos, que hace ingresar así el asunto en una órbita de abstracción.

La palabra “protección” aparece 19 veces en la Convención sobre los Derechos del Niño y todas ellas referidas a la “persona” del niño y no a sus derechos. La protección de la Convención nace y se refiere con frecuencia a la especial inmadurez del niño (“por su falta de madurez física y mental”, dice el Preámbulo). A veces, se califica dicha protección con la palabra “especial”, para indicar su carácter diferenciado en virtud de quién será protegido: “el niño” o “el menor”.

La adopción en la definición propuesta en el CCC, se enrola en un esquema de pensamiento que ha tenido gran difusión, pero que es ajeno a la CDN, que es el de protección de derechos. La Convención protege personas por su especial fragilidad. “Protege derechos”, cuando se trata de adultos autónomos (el único caso en que se protegen derechos, la referencia es a los adultos”⁵. Tratar al niño como a un adulto, produce resultados adversos, porque puede derivar en exponer al que todavía necesita de la función protectoria del adulto o del Estado en su lugar.

d) Tercera omisión: el analogado a la filiación por naturaleza

⁴ Sobre esto: BASSET, Ursula C., “La democratización de la filiación asistida”, publicado en LA LEY, 16/10/2014, p. 1.

⁵ Art. 15, la protección de los derechos de los adultos aparece como limitación de la libertad de asociación de los niños.

Como en otros supuestos⁶, en materia de familia el CCC rompe con la estructura de analogías que conocía la tradición jurídica civilística. En materia de adopción, desde tiempos inmemoriales, la adopción venía a ser un remedo de la vida familiar surgida del modelo de la filiación biológica. Tal vez la fragmentación teórica que introduce la idea de pluralidad de familias, sume al legislador en una pretendida neutralidad valorativa, que lo torna esquivo a todo modelo.

La multiculturalidad⁷ alegada como fundamento legislativo en materia de familia⁸, no logra sin embargo esquivar la parcialidad de la política legislativa. Supone invariablemente la presentación de un nuevo modelo valorativo por el que opta el legislador. Como lo ha dicho el jurista francés Philippe MALAURIE, la privatización o libre competencia de las familias tiene por invariable resultado –como toda privatización- de embargar los derechos de los más débiles⁹. En este caso: los niños.

Definir la adopción sin el analogado a la filiación por naturaleza implica dejar al margen de la definición todos los estándares jurídicos que se hacen extensivos por el analogado. En este sentido, apena que el CCC no haya privilegiado de manera clara al matrimonio como adoptante. Un niño que ya ha sufrido un abandono o está en situación de desamparo, requiere la protección de una familia que le ofrezca un proyecto de vida estable.

e) Subsidiariedad

La idea de subsidiariedad de la adopción aparece a renglón siguiente. Y se resalta luego en los principios que rigen el instituto. No obstante, nuevamente, es necesario comprender que se trata de una subsidiariedad peculiar cuyo sentido habrá que esclarecer a la luz del análisis de la regulación de todo el instituto.

f) Judicialidad

El CCC toma partida por la adopción judicial, enrolándose así en la tradición jurídica nacional anticontractualista. También aquí será necesario un análisis global de la institución para comprender las proyecciones de esta opción legislativa.

1. Principios generales de la Adopción en el CCC

El Art. 595 enuncia principios generales en materia de adopción. Aquí otra vez encontramos dificultades entre la literalidad –así como es comprendida en líneas generales por la comunidad jurídica a la luz de la tradición- y el sentido que realmente deba darse de acuerdo con el nuevo paradigma que

⁶ Sin ir más lejos: el analogado entre matrimonio y uniones convivenciales, por ejemplo; que rompe con la analogía entre matrimonio y uniones de hecho o concubinato.

⁷ Hemos estudiado el multiculturalismo en un estudio que publicamos hace unos años en una obra colectiva: BASSET, Ursula C., *“El multiculturalismo y sus cuestiones problemáticas”*, en *II Jornadas de Derecho natural, Ley natural y multiculturalismo*, Buenos Aires, 2008, EDUCA, p. 367-382.

⁸ Sobre esto, ver las interesantes observaciones de RIVERA, Julio C., *“La proyectada recodificación del derecho de familia”*, RDFyP, Julio 2012, p. 3 y ss.

⁹ MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hugues, *La famille*, Paris, 2006, Défrenois, p. 29: *“Ce ‘désengagement’ a, sous sa molle douceur apparente, une dureté inflexible. La ‘libre concurrence des familles’ est impitoyable aux petits, aux faibles, aux mal éduqués, à ceux qui se trompent, à ceux qui souffrent et à ceux auxquels ni l’origine sociale ni la chance n’ont souri (...) Tout civilisation forme un tout: chaque fois que le droit recule, la morale (l’etique) s’efface”*.

guía la reforma. Una lectura fiel del texto obliga a entenderlo de acuerdo a la pragmática del texto. Debe descifrarse cuál es el sentido que las palabras o vocablos jurídicos tienen en el contexto legislativo en el que se insertan, y no ser interpretadas de acuerdo a lo que el lector proyecta, según su formación propia, al leer la norma.

a) Interés superior del niño

El sentido de este estándar o principio es extremadamente amplio¹⁰. Nuevamente para precisar la pragmática de los autores del CCC, será necesario estar a lo que surja del análisis de la regulación concreta de cada una de las instituciones en el CCC. De estarse a la definición del Art. 3, de la ley 26.061, que lo define como la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos del niño, ya mismo anticipamos que el CCC opta por la satisfacción de algunos derechos de la familia de origen por sobre los derechos de la satisfacción efectiva del niño en el desarrollo en un contexto familiar, toda vez que la opción por la identidad estática es manifiesta, en eventual detrimento de otros constitutivos de la identidad y requerimientos reales del niño para su desarrollo personal. Entre otros, nos referiremos a la burocratización del proceso adoptivo.

b) Derecho a la identidad

Para ÁLVAREZ¹¹, para los autores del CCC ésta es comprendida exclusivamente en su noción estática de identidad. La afirmación del autor cobra sentido, ya que uno de los quicios de la reglamentación es una acentuación marcada del principio de subsidiariedad, del mantenimiento del niño en el núcleo de origen o eventualmente el acento en el mantenimiento de vínculos de parentesco aún producida la adopción plena, según señalan Lidia B. HERNÁNDEZ y Graciela MEDINA, en sus respectivos estudios del instituto en el CCC¹². El derecho a conocer los orígenes, enunciado en el Art. 596, se encuadra así, en una idea de identidad que es más bien estática.

Esta idea se confirma incluso en materia del nombre, en el que aun mediando adopción plena: el art. 626 inciso c) dice que “*excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado*” se puede agregar o anteponer el apellido de la familia de origen. La idea que allí se baraja en relación al “*derecho a la identidad*” es la estática y no la dinámica –. Tanto así que el menor no tiene derecho a la identidad dinámica que le permita vetar el agregado del apellido de la familia biológica reclamado por una “parte interesada” que no sea él mismo (por ejemplo, algún familiar de la familia extendida). En síntesis, el derecho a la identidad es unidireccional: hacia lo biológico.

¹⁰ Hemos estudiado la naturaleza jurídica y sus diversas significaciones posibles en: BASSET, Ursula C., “The Changing Standard of the ‘Best Interests of the Child’ and its Impact on the Exercise of Parenting and on Children” (May 15, 2012). *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, Vol. 2, 2012 (Forthcoming) . Disponible en: t SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2060279>

¹¹ ÁLVAREZ, “Luces y sombras...”, cit.

¹² Sobre esto, ver el análisis que hacen del asunto HERNÁNDEZ, Lidia B. “Una mirada...”, cit. Y también MEDINA, Graciela, “La adopción...”, cit.

Estos estándares rigen sólo para la filiación por naturaleza y la adopción, ya que las técnicas de fecundación in vitro en cambio, dan otro espectro diferenciado a la identidad, creando así categorías de hijos según el modo en que se adquirieron tal estado¹³.

c) Agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia ampliada.

Este “principio” que estrictamente no es tal, sino más bien una directriz, entronca con lo que manifestamos en el número anterior al que remitimos.

Por ejemplo, un derecho no enunciado, y que hubiera sido conveniente enunciar para dar una presentación equilibrada de la materia, sería la portadilla de la ley italiana 149/2001: el derecho del menor a la propia familia. La ley italiana se refiere al derecho del menor a crecer y ser educado en el ámbito de su propia familia. Pero ese mismo artículo dice que cuando la familia no está en situación de poder proveer al crecimiento y desarrollo del menor, se aplican todos los institutos de los que trata tal ley.

Al utilizar un término tan amplio como “familia”, nunca se sabe cuáles son los límites del órgano administrativo para intentar la revinculación (fuera de los temporales). Hubiera sido preferible establecer limitaciones derivadas del grado de parentesco.

Por otra parte, Lidia B. HERNÁNDEZ¹⁴, quien dice adherir a la voluntad procreativa como criterio para establecer la filiación, afirma que existe una contradicción con otras normas del CCC, puesto que se privilegia la voluntad procreacional en casos de fertilización asistida, pero en supuestos de abandono constatado se insiste en la revinculación, aun ante la falta de voluntad procreacional. Entre las paradojas, como las que señala HERNÁNDEZ, debe señalarse también la reflejada por alguna doctrina, en el sentido de que la madre biológica sólo puede prestar su consentimiento para adoptar luego de haber transcurrido 45 días desde el nacimiento, mientras que la gestante por sustitución (madre subrogada) tiene que entregar el niño inmediatamente luego de su nacimiento, sin poder decidir si lo conserva o no luego de 9 meses de gestación.

La revinculación puede suponer una revictimización del menor en más de un caso, prolongando un estado en el que la familia realmente no quiere asumir la crianza del niño.

Finalmente, como señala Graciela MEDINA¹⁵, la guarda de hecho que nace de esta preservación en el “centro de vida” o en la familia de origen no produce efectos jurídicos. No causa obligación alimentaria ni da derechos sucesorios. Para limitar estas guardas de hecho familiares o de extraños, Rodolfo JÁUREGUI¹⁶ formula una interesante propuesta, en el sentido de crear un deber de informar en 48 hs. a la autoridad competente, producida que sea una guarda de hecho. La idea nos parece muy buena, sólo que la informalidad en este campo es muy grande y sospechamos que será difícil que la norma se torne operativa. No obstante, consideramos que se trata de una buena idea. Tal vez haya que pensar en un mecanismo de sanción, con regulaciones para aplicar criterios de equidad.

¹³ LAFFERRIÈRE, Nicolás, “La reaparición de las categorías de hijos, la desaparición de la paternidad y el vaciamiento de la maternidad en el anteproyecto de reforma del Código Civil sobre filiación”.

¹⁴ HERNÁNDEZ, Lidia B., “Una mirada...”, cit.

¹⁵ MEDINA, Graciela, “La adopción...”, cit.

¹⁶ JÁUREGUI, Rodolfo, “La guarda de hecho y la adopción...”, cit.

d) Preservación de los vínculos fraternos

Preservar los vínculos con los hermanos es un objetivo teórico noble. En la práctica puede suponer que los niños no sean adoptados y continúen en un estado de institucionalización, o bien riesgos concretos para la integridad física o psicológica de los niños de que se trate. Este principio deberá subordinarse en orden de jerarquía a la protección del interés del niño concreto.

Como dice Graciela MEDINA¹⁷, la preservación de los vínculos fraternos sólo es viable siempre y cuando no suponga una revictimización. Hay niños que son abusados por sus hermanos mayores. Esta afirmación, viene a demostrar y confirmar una vez más que es erróneo hacer constar como principio lo que es meramente una directriz para casos particulares. Obliga al Juez a obrar con determinados preconceptos en supuestos de familias en crisis, cuyas connotaciones son conflictivas.

El legislador tiene una vez más ante la vista un modelo teórico abstracto, y no la realidad concreta de cientos de familias de clase media, media baja o baja, que viven en circunstancias que no corresponde aquí describir. Baste decir que la familia a la que se refiere la ley no es lo que los operadores jurídicos enfrentan en el día a día. A veces, es beneficioso conservar el vínculo fraterno, a veces es posible incluso la adopción conjunta, a veces el hermano mayor está atrapado en una red de delincuencia o adicción y para el menor el vínculo supone un compromiso para su futuro. Hubiera sido preferible no agregar este principio como directriz. Bastaba el de subsidiariedad.

e) Derecho a conocer los orígenes

Nuevamente, se incardina dentro de la identidad estática. Es también regulado por el Art. 596 del CCC. El artículo confiere el derecho a conocer sus orígenes al *“adoptado con edad y grado de madurez suficiente”*, *“cuando lo requiera”*, a fin de que tenga acceso al expediente judicial y administrativo que tramitó su adopción. Tal expediente debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen, incluso en lo referido a *“enfermedades transmisibles”* (aquí el término es confuso, ya que enfermedad transmisible por razón de parentesco es la única relevante, sin embargo, la ley no lo aclara, en lo que podría implicar una palmaria violación al derecho a la intimidad de los progenitores biológicos).

El legitimado para conocer este expediente vastamente documentado es el niño de cualquier edad “cuando tenga madurez suficiente”, sin que se explicita quién será el árbitro de tal *“madurez suficiente”*. Por ejemplo, en el caso del expediente administrativo, ¿quién podrá decidir si el niño está en condiciones o no de acceder a su historia? La prueba de que dicho artículo se refiere al niño, es que el adolescente (desde los 13 años, según el CCC) tiene tratamiento diferenciado. En efecto, *“el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes”*. Quiere decir que cualquier niño de menos de 13 años podría acceder a un expediente judicial o administrativo en total soledad. Suponemos que la madurez la dirimirá el Juez de la causa.

Dada la dificultad del acceso a la propia biografía que a veces contiene elementos traumáticos, sería conveniente que el equipo interdisciplinario del tribunal pudiera tener entrevistas previas de acompañamiento al menor para establecer su madurez suficiente y acompañarlo. O, según el

¹⁷ MEDINA, Graciela, *“La adopción...”*, cit.

procedimiento local, que ese acompañamiento fuera provisto por el organismo de protección o del registro de adoptantes, o el asesoramiento facultativo de la familia adoptante ante dichos organismos; ambos mecanismos son enteramente facultativos y por otra parte muchos organismos de protección o tribunales en jurisdicciones locales no cuentan con recursos como para acceder a un equipo interdisciplinario que acompañe estas consultas precoces ni que valore (eventualmente, facultativamente) la madurez del niño para procesar la dura información que obtendrá del expediente.

HERNÁNDEZ¹⁸ señala que la verdad biológica no debe entenderse como un valor absoluto, por lo que también debería reconocerse –en aras de la autonomía- **el derecho del adoptado a no conocer esa verdad biológica y a oponerse a mantener vínculos con sus parientes de origen**. Es un enunciado que revaloriza la autonomía progresiva. Hay derecho a conocer y derecho a no conocer.

En última instancia, se vuelve siempre a lo mismo: hay que pasar del paradigma protectorio integral “de derechos” al paradigma protectorio “real de niños concretos” que prevé la Convención. La corre el riesgo de proteger derechos de niños abstractos, al modo de legislaciones extranjeras (como la canadiense, por ejemplo, que prevé un dispositivo semejante). Pero estamos en Argentina, con niños reales, que tienen historias extremadamente complejas. Esas biografías son difíciles de procesar aún para un adulto. Seguramente los Códigos de procedimiento locales, o acordadas de jueces u organismos de protección de la niñez encontrarán caminos para salvar a los más vulnerables, que son aquellos niños que si no se corrigen estas falencias no tendrán acceso a una red de contención psicológica o social por su entorno familiar, o aquellos que hayan tenido menos suerte en la vida y cuyos padres adoptantes hayan tenido menor sensibilidad para paliar el impacto de la información.

f) Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez a partir de los 10 años (y a consentir su propia adopción).

El derecho francés no prevé el consentimiento del menor a su propia adopción. En el derecho alemán, el sistema se resuelve armonizando ambas esferas de participación y protección, de manera coherente con el mandato convencional. El niño no puede participar del proceso hasta que no tenga 14 años o plena capacidad negocial. Hasta que no adquiera esa edad o la plena capacidad negocial, su consentimiento es suplido por su representante legal. Luego de los 14 años, el consentimiento para la adopción por parte del representante legal siempre tiene que estar acompañado por el del niño. Después de los 14 años y siempre que el niño tenga plena capacidad negocial, tiene además, derecho a veto¹⁹. El derecho italiano, en cambio, prevé igualmente el consentimiento a partir de los 14 años, sin

¹⁸ HERNÁNDEZ, “Una Mirada...”, cit.

¹⁹ **§ 1746 Einwilligung des Kindes.** (1) Zur Annahme ist die Einwilligung des Kindes erforderlich. Für ein Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung erteilen. Im Übrigen kann das Kind die Einwilligung nur selbst erteilen; es bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Die Einwilligung bedarf bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit des Annehmenden und des Kindes der Genehmigung des Familiengerichts; dies gilt nicht, wenn die Annahme deutschem Recht unterliegt. (2) Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet und ist es nicht geschäftsunfähig, so kann es die Einwilligung bis zum Wirksamwerden des Ausspruchs der Annahme gegenüber dem Familiengericht widerrufen. Der Widerruf bedarf der öffentlichen Beurkundung. Eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist nicht erforderlich.

establecer un derecho a veto. El adoptando tiene que ser oído antes de los 14 años²⁰. La ley española establece que deberá asentir a la adopción el adoptado mayor de 12 años. Deberá ser simplemente oído, el adoptado menor de 12 con discernimiento suficiente²¹. El antecedente más próximo a la ley proyectada es posiblemente el Código de Quebec, para el niño de más de diez años debe consentir a su propia adopción, El rechazo del mayor de 14 hace fracasar el proceso²². Pero, la realidad social es bien otra. Se trata de un consentimiento escrito con formalidades específicas²³, en dónde los recursos y la situación de los adoptandos es distinta de la media argentina. La ley brasileña, por ejemplo, prevé el consentimiento a los 12 años²⁴.

El derecho argentino proyectado entiende que:

- En la **regulación procesal del trámite de declaración del estado de adoptabilidad, el niño sea parte en el proceso**. El Art. 608 prevé que el niño sea parte, si tiene edad y grado de madurez suficiente (lo cuál, dada la prolongación de los plazos, será factible en muchos casos). Comparecerá con “asistencia letrada”.
- En la **regulación judicial de la guarda**, en cambio, **sólo se prevé la citación del niño, niña o adolescente, cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez** (Art. 613).
- En la regulación del **proceso del juicio de adopción**, en niño en vías de ser adoptado ocupa otra vez el **papel de parte, si cuenta con “edad y grado de madurez”** (sin decir si es suficiente o calificarla de modo orientativo) (Art. 617, inc. a). En ese caso deberá contar con asistencia letrada. Por otra parte, desde los diez años, con independencia de si cuenta o no con madurez suficiente, deberá consentir a su propia adopción

Si bien pareciera fortalecer los derechos de los niños en el proceso adoptivo, la protección del interés del niño no responde a una “efectivización simultánea” de todos los derechos, por lo que se producen desarmonías entre la “protección de derechos” y la protección del niño. Para el niño de diez años, no se prevé la evaluación de su madurez como para prestar un consentimiento que le cambiará la vida, y cuyos efectos –en caso de veto- ni siquiera están previstos. En los demás casos, el niño no tiene derecho a ser niño, vale decir a decidir no ser tratado como un adulto que litiga su propia adopción. Nos parece un retroceso, que no encuentra eco en el derecho comparado. A nuestro modo de ver ni se

²⁰ Ley 149/2001. **Art.45.** Per l'adozione si richiede il consenso dell'adottante e dall'adottando. Se l'adottando non ha compiuto i quattordici anni il consenso è dato dal suo legale rappresentante (*). Se l'adottando ha compiuto gli anni dodici deve essere personalmente sentito; se ha una età inferiore può, se opportuno, essere sentito. (*) La Corte costituzionale, con sentenza 10-18 febbraio 1988, n. 182 (Gazz. Uff. 24 febbraio 1988, n. 8 - Serie speciale), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 45, secondo comma, nella parte in cui è previsto il consenso anziché l'audizione del legale rappresentante del minore.

²¹ **Artículo 177. Cód. Civ. Español:** 1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. 2. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 3. Deberán ser simplemente oídos por el Juez: (...) El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

²² Art. 549 y 550 del Código Civil de Québec.

²³ Art. 548.

²⁴ Art. 28, inc. 2º.

adecua al requisito de la ley 26.061, ni a la última jurisprudencia de la Corte Federal²⁵, ni tampoco al paradigma de protección de la Convención.

Creemos que para asegurar que el niño tiene madurez suficiente, en este caso **es indispensable una evaluación interdisciplinaria para modular el valor del consentimiento prestado por el niño o los dichos durante su audición.**

La autonomía otra vez está en jaque. ¿Qué sucedería si el niño con madurez suficiente no quiere participar (y estamos hablando de un niño que podría tener siete, ocho o nueve años de edad)? **El derecho a participar, si es derecho y no imposición, también debe suponer –cuando menos- un derecho a no participar.**

2. Quiénes pueden ser adoptados

Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en estado de adoptabilidad o cuyos padres hayan sido privados de responsabilidad parental (Art. 597).

Hay una novedad: las personas mayores de edad pueden ser adoptadas. En este caso, ya no se persigue ofrecer al niño una familia, como indica la carátula de este segmento, sino legitimar una posesión de estado de hijo mientras era menor o incardinar al hijo del cónyuge o del conviviente en la familia configurada por éste y su pareja o esposo.

En el primer supuesto, no hay nada que objetar.

En cuanto al segundo, bastaría integrarlo al primero. Si entre el nuevo cónyuge y la persona a adoptar existiera posesión de estado, eso justificaría suficientemente dar un marco legal a una relación parental de hecho.

3. Quiénes pueden adoptar

En el Código reformado se introducen las siguientes novedades:

a) Diferencia de edad entre adoptante y adoptado

Se reduce la edad diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que ahora queda fijada en 16 años, salvo el caso de adopción de integración. Es una tendencia generalizada a nivel mundial.

La ventaja de la reducción de la edad de los adoptantes se ha apoyado en que de esa forma se amplía el número de posibles adoptantes²⁶. Pero, los adoptantes ya abundan. Lo que es necesario es que la infancia en situación de abandono pueda ser cuidada por los muchos adoptantes que ya hay. No hace falta ampliar la lista.

Esta reducción impacta en el principio de emulación de la familia biológica que presidió históricamente la figura de la adopción. Si bien se comprende que esto pueda haber sido hecho con la finalidad de aumentar el número de posibles adoptantes; también debe advertirse que la estructura de edades antecedente buscaba preservar la intimidad del adoptado y su mejor interés en relación a la idoneidad de los adoptantes.

²⁵ M. 394. XLIV, CSJN, 26-06-2012, "M. G.c/P. C. A."

²⁶ LLOVERAS, Nora, *Nuevo régimen legal de adopción. Ley 24.779*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 112 y ss.

La diferencia de edad favorecía la preservación de la intimidad o privacidad del adoptado, en la medida en que, al advertir una diferencia de edad que remedaba la que ocurre en la normalidad de los casos, nadie indagaba sobre el carácter de la filiación. De ese modo, la privacidad quedaba asegurada. Se esquivaba que el adoptado llevara inscrito en la frente, lo que evitamos que quede consignado incluso en el documento de identidad: su historia y privacidad personal. Desde luego, mil indicios podían hacer pensar que ese niño había sido adoptado. Pero, en una buena cantidad de casos, la historia personal quedaba sujeta a la privacidad. Se dirá que hoy en día, no es tan frecuente que las personas tengan hijos a los 18 años. Aun así, es más plausible que que los tengan a los 16, y si hubiera un niño que tiene 16 años de edad con sus progenitores adoptivos, solamente esa diferencia de edad implica develar una trama personal compleja. La gente presumirá un embarazo precoz o adopción, según la edad del adoptante.

La diferencia de edad no sólo favorecía la privacidad familiar, sino también **constituía un modo de asegurar la idoneidad de los padres.** A mayor distancia entre el hijo y su padre, mejor acumulación de experiencia para educar a su hijo. Es verdad que se trataba de un elemento de valoración más, pero, tratándose de niños, ningún recaudo es suficiente.

En fin, que no resulta claro que los cambios sean beneficiosos para el mejor interés del niño.

b) Reducción de la edad mínima para adoptar

La edad mínima para adoptar se reduce a 25 años (Art. 601). No vemos objeción a esta reducción, salvo lo dicho en el segmento anterior. Podría adoptar una persona menor de 25 años, con la condición de que su cónyuge tenga 25 años cumplidos.

Esta solución también responde a una tendencia del derecho comparado y en el nacional²⁷. Si bien es verdad que el fin es la ampliación de adoptantes posibles, esta solución sigue sin aportar soluciones al cuello de botella existente entre el amplio número de pretensos adoptantes y la cantidad más bien reducida de niños en estado de adoptabilidad, visto que, en cambio, Argentina es un país en el cuál se encuentran niños mendigando en la calle o eventualmente en situación de semiesclavitud por adultos extraños al núcleo familiar, situación bien poco habitual en países que inspiran eventualmente nuestras normas). Vale decir, el foco del problema está en la dificultad existente en dar respuesta a los niños en situación de abandono, no en la oferta de adoptantes.

Ricardo DUTTO sugiere que podría darse el caso del cónyuge del adoptante fuera menor que el adoptado. El caso de uno de los cónyuges menor de edad con habilitación de matrimonio, que adopta conjuntamente a un menor de diecisiete. Lo cuál, como dice el autor, no deja de resultar contradictorio en un instituto que intenta asemejarse a la filiación biológica²⁸.

c) Eliminación del requisito de residencia en el país.

Se elimina el requisito del plazo de residencia en el país para los ciudadanos argentinos o naturalizados (Art. 600). Si bien se conserva la exigencia de residencia de cinco años de edad en el país

²⁷ MEDINA, "La adopción...", cit.

²⁸ DUTTO, Ricardo, *Comentarios a la Ley de Adopción N° 24.4779*, FAS, Rosario, 1997, p. 41.

que preveía el Art. 315 CC, el Código reformado propone eliminar ese plazo para los ciudadanos argentinos o naturalizados.

Se contradice así la fuerte impronta argentina respecto de las adopciones internacionales. La objeción más radical de la Argentina a la *Convención sobre los Derechos del Niño* ha sido en relación a la adopción internacional de menores. La Argentina nunca quiso ser exportadora de niños (la reserva al Art. 21 de la CDN²⁹). Será cuestión de aguzar la atención para evitar fraudes.

Es verdad que una parte de la doctrina censura las reservas argentinas a la adopción internacional³⁰. Pero, en primer lugar dichas reservas forman parte de la validez constitucional de la Convención para la Argentina, a más de expresar un sentimiento compartido fuerte de protección de la niñez en desamparo.

Por otra parte, se pone en juego un mecanismo peligroso, que podría implementarse con la trata de menores, por ejemplo en redes internacionales de prostitución. Bastaría que un argentino adopte a niñas, para luego llevarlas al exterior e introducir las en redes ilegales.

d) La falta de descripción de los requisitos del adoptante: se corre el acento en relación al escrutinio.

A diferencia de la legislación anterior, **el CCC quita el acento sobre el requisito de idoneidad del adoptante**, cuya apreciación queda totalmente librada al Juez. Este aspecto nos parece muy grave, y **demuestra la retirada del Estado en su función de velar por el interés real de la niñez**. Esperemos que los Jueces hagan caso omiso de la falta de indicaciones y apliquen criterios selectivos.

Recordemos que la selección de candidatos idóneos tiene siempre dos pasos: uno abstracto hecho por el Registro y uno concreto (respecto de ese niño, de esos pretendientes) hecho por el Juez. La eliminación del segundo o su atenuación, **disminuye la protección del mejor interés del niño en estado de desamparo que es exigida al Estado en sus tres poderes. Los jueces de familia sabrán suplirla.**

El reaseguro de los niños en situación de adoptabilidad parte del escrutinio singular de cada pareja que pretende la adopción, de acuerdo con pautas orientativas brindadas por la ley. Estas pautas han de ser concordantes con los derechos y deberes emergentes de la responsabilidad parental. Tales pautas deberían espejar los derechos que el Estado pretende que sean asegurados durante la crianza del niño, que no son otros que los que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes especiales.

e) La situación del matrimonio como adoptante conjunto y las uniones convivenciales

La ley está redactada de tal forma, que las personas casadas o en unión convivencial serán cada vez más raramente sujetos adoptantes.

²⁹ Ley 23849: "La República Argentina hace reserva de los incs. B, c, d y e del Art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse preventivamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta".

³⁰ LLOVERAS, *Nuevo régimen...*, cit., p. 139 y ss.

El Art. 602 de la reforma proyectada establece que *“Las personas casadas y en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente”*. Esta regla invierte la propuesta en nuestro actual Art. 312 CC, que sólo permitía la adopción conjunta a los cónyuges. Parece un galimatías, pero no lo es. Visualicémoslo en un cuadro:

Art. 312 Cód. Civil Argentino	Art. 602, 603, 604 del CCC
Permite adoptar conjuntamente sólo a los cónyuges	Permite adoptar conjuntamente a personas casadas o en unión convivencial; a personas divorciadas o cesada la unión convivencial (Art. 604)
Permite la adopción unilateral de uno de los cónyuges ³¹	Prohíbe cualquier otro tipo de adopción a cónyuges y convivientes, salvo que uno de ellos haya sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida o medie entre los cónyuges separación de hecho (Art. 603)
La ley prefiere a los cónyuges, porque han decidido comprometerse deliberadamente a una estabilidad vincular (al menos los tres años del tiempo de espera).	La ley no protege la estabilidad de la convivencia como requisito de idoneidad preferido. Se prefieren vínculos unipersonales fuera de la pareja.

Esta situación es muy particular, sobre todo si se tiene en cuenta que el adoptante preferido fue históricamente el matrimonio, ya que ofrecía un marco de solidez y permanencia para la crianza de un niño que había sido previamente abandonado.

Si se atiende prioritariamente al interés del niño, nos parece que el derecho debería más bien exigir más requisitos de los adoptantes conjuntos –especialmente la estabilidad de su relación marital- que relajar los requisitos y admitir la adopción conjunta de quienes se niegan participar de una unión comprometida. En este sentido, el jurista español **Carlos Lasarte ha dicho que *“la adopción (n. b. conjunta) sólo debería promoverse cuando los adoptantes constituyen ya una pareja estable de hombre y mujer que garantizara al adoptado el complemento vital que para todo niño representan la visión ‘paterna’ y ‘materna’” para evitar los traumas que devienen del divorcio a la niñez***³².

f) La adopción plural

Es posible adoptar a varias personas simultánea o sucesivamente, aún si el adoptante tenía hijos propios. En ese caso, los hijos preexistentes y los adoptados, serán considerados hermanos entre sí.

4. Burocratización y Plazos en el proceso adoptivo.

El nuevo proceso adoptivo se caracteriza por una mayor burocratización y por el aumento de los procesos involucrados para lograr adoptar y consecuentemente, y de manera inevitable, la extensión de

³¹ Sobre esto no hay acuerdo doctrinal. Para una parte de la doctrina, esta no queda admitida por la ley vigente.

³² LASARTE, Carlos, *Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 331.

los plazos. La mayor administrativización es señalada por MEDINA³³ como una tendencia regulatoria en materia de adopción. En tanto que HERNÁNDEZ³⁴ recuerda cómo la integración entre la instancia administrativa y la judicial no ha resultado óptima hasta hoy. Por otro lado, en distintos fueros en el interior, en el que se ha procurado implementar la administrativización en materia de niñez, el resultado es dispar. En muchas Provincias, la falta de recursos mina la efectividad de los organismos administrativos, que en cambio funcionan con mayor solvencia en otros países que puedan haberse tomado como modelo. MEDINA³⁵ señala que es poco feliz que el órgano administrativo sea parte del proceso adoptivo, ya que ello complicará el trámite. En alguna legislación comparada, se establece que el órgano administrativo intervenga como parte sólo si hubo de intervenir con anterioridad a la declaración del estado de adoptabilidad.

El nuevo proceso de adopción se compone de tres juicios que podrían tramitar por vía ordinaria (ninguno de ellos tiene prevista la vía sumaria): el de estado de adoptabilidad, el de guarda y el de adopción. Recordemos que el proceso de adopción en la ley actualmente vigente se compone de dos juicios: el de guarda preadoptiva y el de adopción. A ello deben sumarse los trámites administrativos que la ley prevé.

Dependiendo de la rapidez de los trámites jurisdiccionales y administrativos, un juicio de adopción completo hoy podría implicar:

- **Costos importantes para los adoptantes**, lo que podría limitar al adoptante de clase media o clase media baja (tres juicios, con honorarios por largos plazos)
- Que el juicio de adopción dure como mínimo entre tres y cuatro años (si el juzgado tramita con celeridad).
- La **institucionalización de los menores**, sin mecanismos previstos de controles periódicos (como sucede, por ejemplo, en la ley brasileña, que establece controles cada seis meses).
- La *insistencia en el sistema de administrativización*

Quiere decir que en éste estado de cosas, ningún niño tendría efectivamente el estado de hijo antes de sus tres o cuatro años (con suerte), siempre y cuando el organismo administrativo de aplicación y el Juzgado tramiten las causas con celeridad. Recordemos que los tribunales de familia se encuentran en general colapsados, por lo cuál la celeridad no es muchas veces posible.

Peor aún, con esta legislación **todo niño en situación de exposición vivirá necesariamente una experiencia temprana de institucionalización, que podrá durar un plazo indefinido.**

La institucionalización de los niños será un paso inesquivable, salvo la entrega directa con posesión de estado consolidada.

³³ MEDINA, "La adopción...", cit.

³⁴ HERNÁNDEZ, "Una mirada...", cit.

³⁵ MEDINA, "La adopción...", cit.

El plazo podría reducirse, si los padres biológicos tienen abandonan al niño sin que se los pueda identificar como progenitores del niño. De hecho, si están convencidos de que no pueden criar a su hijo, la madre evite ser identificada como madre al dar a luz (¿no dar a luz en un hospital?) y abandone al niño en, por ejemplo, Casa Cuna, como se hacía antaño. En ese caso, el niño tendrá las mayores posibilidades de sufrir el menor tiempo de institucionalización y abandono. Es lamentable que la ley regule de tal suerte que la eficacia del juicio dependa del abandono.

De esta forma, con la legislación proyectada **no se ve que se evite en modo alguno la informalidad**, que nace muchas veces de la eficiencia de la ley. Al contrario, se advierte que se producirá un **retraso en el momento de la adopción y la integración de los menores susceptibles de adopción en las familias deseosas de adoptarlos**³⁶.

Explicuemos mejor, presentando el sistema proyectado de regulación.

	Supuesto	Plazo
Juicio de declaración del estado de adoptabilidad	Si los padres del niño han fallecido o el niño no tiene filiación establecida, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por el organismo administrativo	Plazo para “agotar la búsqueda de familiares de origen” + plazo máximo de 30 días prorrogables por 30 días más + tiempo de trámite del juicio de adoptabilidad Total: Seis meses? Un año? Dos años? (sólo para declarar adoptabilidad, con el niño institucionalizado).
	Los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado y el organismo administrativo agotó las medidas de la ley 26.061 para que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada	Plazo de 90 días contados a partir de la manifestación La manifestación sólo puede producirse a 45 ³⁷ días del nacimiento (90 + 45= 135 días de institucionalización para el recién nacido). + tiempo de trámite del

³⁶ Esta posición nos parece que también es la sostenida por Graciela MEDINA, cuando dice: “Difícilmente dos procesos de declaración de situación de adoptabilidad, un proceso de guarda preadoptiva y un juicio de adopción contribuyan a dar celeridad al instituto de la adopción, máxime cuando también se da participación a multiplicidad de partes con intensa participación obligatoria del órgano administrativo y cuando en todos loestos juicios se dictan resoluciones que pueden revisadas por órganos superiores y sentencias que pueden ser apeladas en general con efecto suspensivo”. MEDINA, Graciela, “La adopción...”, cit.

³⁷ La ley española prevé 30 días de plazo mínimo para prestar dicho consentimiento.

		juicio de adoptabilidad Total: Ocho meses – Un año – Dos años? Durante los cuáles el niño resultaría institucionalizado.
	Sin que medie el consentimiento de los padres, si han fracasado las medidas excepcionales de la ley 26.061 (para lo cuál previamente es necesario en principio agotar las medidas de protección) luego de un plazo de 180 días.	Plazo indefinido para medidas de protección de la ley 26.061 + Plazo para medidas excepcionales por 180 días. + tiempo de trámite del juicio de adoptabilidad. Total: Un año a dos años en los cuáles el niño estará institucionalizado o en situación inestable y disfuncional.
	La sentencia de privación de responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad (Art. 610)	
	La existencia de un vínculo afectivo o de parentesco entre progenitor biológico y pretensos adoptantes, aunque se tratara de una entrega directa no motivará la separación entre los pretensos adoptantes y el niño que de hecho crían, aunque haya que tramitar la declaración de adoptabilidad.	Total: indefinido, según duración del juicio de adoptabilidad PERO: sin institucionalización.
Juicio de Guarda	No puede exceder los seis meses el plazo de guarda, finalizado el cuál comienza el juicio de adopción de oficio o a pedido de parte.	Plazo máximo de seis meses, no hay indicación de plazo mínimo.
Juicio de adopción.	No hay indicación de plazo.	Indefinido

Es de señalar que el Art. 609 en el marco de la regulación del proceso de declaración de adoptabilidad, preveía que se excluya la notificación ficta, salvo que se hayan “agotado todos los medios posibles y razonables para localizar a los padres”. Se supone que este requisito en extremo oneroso, tendrá virtualidad dilatoria. Este texto fue luego suprimido, lo que provocará nuevas rémoras en el proceso.

5. Los efectos variables del estado de familia derivado de la adopción. Deconstrucción de las adopciones plenas y simples. Niños con estado de familia sujeto a la decisión jurisdiccional.

Atilio ALVAREZ³⁸ ha señalado uno de los asuntos más álgidos de la regulación proyectada. Se crean espectros de derechos distintos al estado de familia de hijo, según la sentencia judicial. Es otra de las tendencias que se advierten también en otros capítulos en los que se regula la filiación: la igualdad de las filiaciones se torna evanescente.

En una primera lectura no lo habíamos advertido. Probablemente, porque también dicha lectura fue abordada desde la abstracción teórica, y no con la riqueza que otorga la praxis –el trato diario con niños en situación dificultosa- con la que en cambio cuenta un Defensor Público de Menores. La observación es clara: **se desvanece la adopción plena y la simple, pero además cada una de ellas contará con efectos diferenciales, al punto de que no habrá seguridad jurídica. Un niño adoptado plenamente, podrá tener variables efectos en relación al parentesco, según lo disponga el Juez.**

El Art. 621 del CCC, dispone: *“El Juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso no se modifica el régimen legal de la sucesión ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción”.*

El CCC no se explaya sobre el efecto que tenga este tipo *sui generis* de parentesco. Sin embargo, más abajo introduce una nueva norma compleja. El Art. 624 habilita al adoptado pleno a incoar “la acción de filiación... contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar otros efectos de la adopción”. Parecería que en este sentido el Art. 624 enmienda el 621, posibilitando efectos sucesorios dobles de un vínculo extinguido por la adopción plena. El adoptando que no tenga recursos para incoar tal acción filiatoria no podrá obtener los mismos beneficios, ya que el Juez establecerá efectos de parentesco que no conmueven las estructuras filiatorias. En consecuencia tendremos:

- los **adoptados del Art. 621 con efectos de parentesco pero sin efectos sucesorios,**
- los **adoptados del 624 que podrán tener hasta cuatro filiaciones establecidas *contradiendo el principio binario del Art. 558*** (“Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación).
- Los **adoptados plenos sin efectos del Art. 621 y Art. 624.**
- Los **adoptados simples en las mismas variantes que anteceden.**
- Los **adoptados de integración del Art. 631 simples o plenos con efectos divergentes**

³⁸ ALVAREZ, Atilio, “Luces y sombras...”, cit.

Recordemos aquí también la posición de HERNÁNDEZ, señalada más arriba, en el sentido de que la norma debiera prever la alternativa de que el niño no quiera conocer o mantener contacto con su familia de origen, supuesto que debiera ser respetado por el juez³⁹.

6. Pese a todo, subsistencia de un vínculo irrevocable en la familia: la adopción plena

Como señaló Carlos Martínez Aguirre y Aldaz, no es verdad que todo en el derecho de familia sea frágil y evanescente: lo cierto es que la adopción plena sigue siendo irrevocable⁴⁰. Si bien el matrimonio se desestabiliza sustancialmente con la regulación proyectada, la filiación se vuelve más fácilmente impugnabile y el proceso hasta acceder al estado de hijo adoptivo tendrá más vericuetos; sigue manteniéndose el principio de irrevocabilidad en el derecho argentino⁴¹.

Eso es una buena noticia para todo el derecho de familia, a pesar de que los así adoptados se vean sujetos a la inestabilidad jurídica de un vínculo cuyos efectos no son iguales para todos ni generen expectativas jurídicas previsibles para la comunidad, ya que el estatuto puede variar de caso en caso.

Con todo, **no parece justo que según la regulación proyectada tengan éstos últimos (los adoptivos plenos) más estabilidad de su estado de familia que los hijos biológicos (sobre todo si proceden de parejas de personas del mismo sexo, en dónde la presunción matrimonial será muy frágil)**. Sería de desear que la equiparación de las filiaciones también encuentre mecanismos de elaboración de la filiación biológica que aseguren el derecho al respeto de la identidad y al estado de familia de que gozan los adoptivos.

En cambio, en la misma situación de irrevocabilidad se encontrarán los niños concebidos por fecundación heteróloga o maternidad subrogada, que no tienen acción para emplazarse respecto de sus progenitores biológicos. Sólo que en el caso de ellos la solución que ofrece el sistema jurídico se guía por valores inversos: la negativa al acceso a la identidad –en los términos aquí definidos-; la primacía excluyente de la identidad dinámica, la contractualización e intercambio económico como fuente de la filiación y la primacía de la voluntad de los padres sociales como elementos determinantes de la identidad. En este caso, ni habrá escrutinio de idoneidad de los pretendidos progenitores sociales, ni se tendrá en cuenta el interés del niño para el emplazamiento en familias en las que se produzca una ruptura entre el dato biológico y el social.

7. Balance final

En líneas generales, puede decirse que adoptar será tal vez más difícil, y que el proceso será tal vez más largo y más caro. No es previsible que a corto plazo esta legislación resuelva los grandes interrogantes que plantea la legislación de adopción en la Argentina.

Pero, tal vez, este sea el punto de partida de una comisión interdisciplinaria plural, que pueda, sobre la base de las experiencias reunidas, repensar socialmente que destino y qué regulación queremos darle

³⁹ HERNÁNDEZ, Lidia B., “Una Mirada...”, cit.

⁴⁰ MARTÍNEZ de AGUIRRE y ALDAZ, Carlos, “El nuevo matrimonio civil”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial. 2008.

⁴¹ ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E., “Los principios ético-jurídicos del vínculo parento-filial por adopción”, en ARIAS de RONCHIETTO, LAFFERRIERE, *La filiación jurídica y sus desafíos, hoy*, Buenos Aires, EDUCA, 2010, p. 161.

a la niñez expuesta o desamparada, en armonía con las demás formas de filiación y cuidado que van emergiendo en el derecho.